

A responsabilidade civil dos administradores de facto *

RITA GUIMARÃES FIALHO D'ALMEIDA **

Sumário: Introdução. §1. A *ratio* do reconhecimento da administração de facto. §2. A noção de administrador de facto. §3. O critério formal e funcional na construção do conceito. §4. A concretização do conceito de administração de facto. §5. O administrador oculto. §6. A consagração do administrador de facto no ordenamento jurídico português. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Atenta a extensão da problemática que nos propomos abordar, a presente exposição tem por objectivo a reflexão e análise oportunas da matéria da responsabilidade dos administradores de facto, tal como a mesma é tratada, em especial, no nosso ordenamento jurídico societário.¹

JURISMAT, Portimão, n.º 6, pp. 247-282.

* Por opção da autora, a redacção do presente trabalho, que corresponde, com pequenas alterações, a relatório apresentado no Curso de Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (ano lectivo 2011/2012), obedece a grafia anterior à do novo acordo ortográfico.

** Bolseira de Investigação da Fundação para a Ciência e a Tecnologia.

¹ No Direito Penal e Tributário, o princípio da legalidade impõe que a responsabilização do administrador de facto só seja admissível quando fundada na respectiva consagração legal. Assim, no Direito Penal comum, o administrador de facto aparece como possível autor dos

Este assunto assume, de resto, uma importância fundamental e atenção redobrada numa área em crescente desenvolvimento e que marca a actualidade do discurso em torno do Direito das Sociedades, qual seja a da responsabilidade civil dos administradores, aqui compreendidos, em geral, os 'administradores' das sociedades anónimas, bem como os 'gerentes' e os directores das sociedades dos demais tipos. E isto, face à emergência e reforço das regras da correcta administração e dos correspondentes deveres de actuação.

No nosso ordenamento, o CSC regula expressamente a temática da responsabilidade civil dos administradores, particularmente nos seus artigos 72.º a 79.º, compreendendo, do mesmo passo, o *regime comum* – porquanto aplicável aos administradores dos diferentes tipos de sociedades (sociedades em nome colectivo, por quotas, anó-

crimes de insolvência dolosa e negligente (respectivamente, nos artigos 227.º, n.º 3 e 228.º, n.º 2 do CP), de frustração de créditos (artigo 227.º-A, n.º 2 do CP) e de favorecimento de credores (artigo 229.º, n.º 2 do CP). Sob a epígrafe 'insolvência dolosa', o artigo 227.º precisa, no seu n.º 3, um alargamento do círculo de agentes, referindo que 'sem prejuízo do disposto no artigo 12.º, é punível nos termos dos n.ºs 1 e 2 deste artigo, no caso de o devedor ser pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, *quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva* e houver praticado algum dos factos previstos no n.º 1', sendo esta disposição depois aplicável por remissão feita pelos demais preceitos referenciados. Por seu turno, o artigo 24.º, n.º 1 da LGT determina que 'os administradores, directores e gerentes e *outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão* em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si: a) pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação; b) pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento' (itálicos nossos). Estatuição idêntica aparece no artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 do RGIT, relativamente à responsabilidade pelo pagamento de multas e coimas aplicadas em virtude de infracções tributárias. Para maiores desenvolvimentos sobre o tratamento e modelação do instituto do administrador de facto no Direito Tributário e no Direito Penal, v. SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto no ordenamento jurídico português', *Revista do CEJ*, n.º 10, 2.º semestre, 2008, pp. 145-160. De notar que, no respeitante à responsabilidade dos administradores *de iure* por dívidas tributárias das sociedades, a doutrina e jurisprudência maioritária têm entendido ser de exigir que aqueles sejam ao mesmo tempo administradores de facto, correspondendo a administração de facto a uma *qualificação* ou *plus* em relação à administração de direito, para que os sujeitos possam ser efectivamente responsabilizados – cfr. PEREIRA DIAS, 'Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas: uma análise de direito material e direito de conflitos', Almedina, Coimbra, 2007, p. 133, em nota 348, e SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 153. Em sentido contrário, COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (notas sobre o artigo 379.º do Código de Trabalho)', *Miscelâneas*, n.º 3, Coimbra: IDET, Almedina, 2004, p. 46, em nota 78, e COUTINHO DE ABREU, 'Responsabilidade civil dos administradores de sociedades', *Cadernos*, n.º 5, Coimbra: IDET, 2.ª ed., Almedina, 2010, pp. 109-110.

nimas e em comandita) – e *específico* da responsabilidade civil pela administração da sociedade, sendo certo que tais regras aspiram a uma gestão conscienciosa e eficaz.

As referidas normas reportam-se, desde logo, aos comportamentos dos administradores de direito, conceito onde estão compreendidos aqueles que foram investidos no respectivo cargo em conformidade com as formas legalmente previstas e que prosseguem regularmente as suas funções.

Porém, a coerência do ordenamento jurídico, bem como as regras da correcta administração e emergência na assunção de responsabilidades impõem o reconhecimento do instituto do administrador de facto e, do mesmo passo, a extensão daquelas normas a outros sujeitos não incluídos na noção de administrador de direito.

Nesta sede, a questão que se coloca é a de saber qual, afinal, o regime por que se deve pautar a actuação daqueles que, não se encontrando embora investidos formal e validamente no cargo de administrador pela falta, irregularidade ou pela cessação dos efeitos da investidura, exercem funções de gestão legalmente reservadas aos administradores de direito, o que sucede numa diversidade de situações vivenciada no universo do direito societário, sendo certo que a ausência de título bastante não inviabiliza a responsabilização destes sujeitos perante a sociedade, os credores sociais e os terceiros.

A doutrina e jurisprudência estrangeiras denunciam que a determinação das situações de ‘administradores de facto’ não é inequívoca, assim como não o é o *grau de equipolência* existente entre as funções do administrador de facto e as do administrador de direito.² Dito doutro modo, o reconhecimento da figura do administrador de facto pelos diversos ordenamentos europeus, ainda que seguindo uma dada linha evolutiva, não arreda as diferenças no que respeita à forma de aproximação à respectiva responsabilização entre aqueles que subordinam a actividade do administrador de facto ao regime de responsabilidade previsto para o administrador de direito e os que consagram a responsabilidade do administrador de facto de modo disperso e em dados sectores particulares, sempre em conjugação de esforços com a construção jurisprudencial neste domínio.³

² NOGUEIRA SERENS, ‘Administradores de sociedades anónimas: da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer’, Coimbra: Almedina, 2012, p. 93, em nota 318.

³ Em França, a consagração legal da figura do administrador de facto tem origem na Lei número 66-537, de 24 de Julho, *sur Les Sociétés Commerciales* e na Lei número 67-563, de 13 de Julho de 1967, *sur le Règlement Judiciaire la Liquidation des Biens, la Failite Personelle et les Banqueroutes*, entretanto revogadas. Actualmente, a responsabilização do administrador de facto encontra-se prevista nos artigos L. 241-9, L. 245-16 e L. 246-2 do Código de Comércio francês, bem como consagrada noutros domínios jurídicos, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência

Sem ter a pretensão de esgotar o tema em apreço procurar-se-á mencionar e problematizar alguns daqueles que pensamos ser os seus aspectos essenciais, aludindo, do mesmo passo, às soluções que foram sendo avançadas pela doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, mais relevantes e pertinentes neste domínio.

Entre as matérias principais destacamos, em primeiro lugar, a da pertinência do instituto e enumeração das razões que sugerem a extensão do regime de responsabilidade aos que, não se encontrando embora investidos formal e validamente no cargo, exercem funções de gestão próprias dos administradores de direito.

Em segundo lugar, procuraremos uma aproximação ao conceito de administrador de facto, analisando aqui, em particular, as duas orientações que se contrapõem no processo de construção da noção ora em apreciação, a saber, a que acolhe o critério formalista e a que propugna pelo critério funcional. Certo é que a destriça entre as perspectivas em análise reside fundamentalmente na indispensabilidade de uma

assumiram um papel fundamental na cabal consolidação da figura. Por seu turno, no direito anglo-saxónico, a génese do *de facto director* é jurisprudencial, remontando ao processo *Re Hydromat (Corby) Ltd*. Ai encontramos o protótipo do administrador de facto, enquanto 'a person who assumes to act as a director. He is held out as a director by the company, and claims and purports to be a director, although never actually or validly appointed as such. To establish that a person was a de facto director of a company, it is necessary to plead and prove that he undertook functions in relation to the company which could properly be discharged only by a director. It is not sufficient to show that he was concerned in the management of the company's affairs or undertook tasks in relation to its business which can properly be performed by a manager below board level' – v. J. FARRAR / B. HANNIGAN, 'Farrar's: Company Law', 4.^a ed., Butterworths, 1998, p. 336. No direito positivo inglês veja-se a secção 741 da *Companies Act* de 1985 e, mais recentemente, a secção 251 da *Insolvency Act* de 2006. Para efeitos da secção 214 da *Insolvency Act* de 1986, a responsabilidade por *wrongful trading*, que compreende o período decorrido entre o momento em que deveria ter sido requerida a insolvência e o momento em que cessou a actividade, abrange os *jure directors*, os *shadow directors* e os *de facto directors*. Na Alemanha, muito embora a doutrina e a jurisprudência mostrem-se favoráveis ao acolhimento do *faktischer Geschäftsführer*, tendo evoluído no sentido da perfilhação do critério funcional na construção do conceito no lugar do critério formal, a verdade é que a figura não se encontra expressamente consagrada em sede de legislação societária (v., porém, o § 117 da AktG). Já nos sistemas Espanhol e Italiano, a expressa menção do instituto, respectivamente nos artigos 133.º, n.º 2, da *Ley de Sociedades Anónimas* e 2639 do *Codice Civile*, não dissipou a divergência entre os autores que propugnam pela adjectivação como administrador de facto fundada num critério funcional assente na existência de uma efectiva actividade de administração e aqueles que reivindicam um mínimo de legitimação por via do preenchimento de certos pressupostos formais, muito embora a primeira orientação tenha vindo a conquistar um cada vez maior número de adeptos. Para maiores desenvolvimentos quanto ao acolhimento da figura no âmbito de direito comparado, v. DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho de las sociedades', Aranzadi Editorial, 2002, p. 53-75, analisando a questão do reconhecimento da administração de facto, respectivamente, nos ordenamentos francês, britânico, alemão, italiano, português, nos direitos holandês, belga e suíço, bem como no âmbito comunitário, e SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., pp. 112-116.

designação e/ou investidura no cargo de administrador, ainda que não preenchendo os pressupostos legalmente previstos, imposta pela primeira daquelas perspectivas.

Depois, o nosso estudo prossegue com o elenco dos critérios que identificam a figura, por via da determinação das características que a respectiva actuação deve tendencialmente revestir para que o seu agente seja tido como administrador de facto. Entre estas condições destacam-se as da exigência do desempenho efectivo por alguém de funções de gestão reservadas por lei ao administrador de direito, sem que para tal esteja investido formal e validamente. E isto, em regra, de modo reiterado, sistemático e estável durante um arco temporal expressivo, numa posição de independência ou de autonomia decisória, pelo menos em termos idênticos aos administradores *de iure*, com o conhecimento e/ou assentimento da pessoa colectiva relativamente à actividade empreendida.

Noutro ponto faremos uma referência particular ao conceito de administrador oculto e aos aspectos peculiares que o mesmo encerra por contraposição ao administrador notório.

No silêncio do nosso ordenamento, a discussão prossegue depois em torno do fundamento da responsabilidade dos administradores de facto com a apresentação das propostas de solução que foram sendo avançadas pela doutrina portuguesa, a saber: a que encontra o seu esteio no artigo 80.º do CSC, ainda que por via de uma interpretação correctiva; a que considera os artigos 72.º e ss. do CSC directamente aplicáveis também aos administradores de facto, face à perfilhação do critério funcional na construção dogmática do instituto; por fim, a que propõe uma interpretação extensiva dos artigos 72.º e ss. do CSC ou a correspondente equiparação analógica por forma a subordinar a actividade dos administradores de facto à disciplina prevista para os administradores de direito.

Finalmente, no contexto da consagração do administrador de facto no ordenamento jurídico português faremos uma breve referência à modelação da figura em face do processo de insolvência.

1. A *ratio* do reconhecimento da administração de facto

Várias são as razões que sugerem a extensão do regime de responsabilidade aos que, não se encontrando embora investidos formal e validamente no cargo, exercem funções de gestão próprias dos administradores de direito.⁴

⁴ Seguimos, de perto, a sistematização das razões que sugerem a extensão do regime de responsabilidade aos administradores de facto expostas por RICARDO COSTA, 'Responsabilidade

Como dissemos, a coerência do ordenamento, bem como as regras da correcta administração e a emergência na assunção de responsabilidades impõem o reconhecimento do instituto do administrador de facto, mormente numa época marcada pelo rigor e reforço do regime em apreço,⁵ aparecendo esta figura como uma 'espécie do género administrador'.⁶

Na verdade, não se compreenderia como da circunstância de alguém exercer funções de gestão próprias dos administradores *de iure*, na ausência de uma investidura formal e válida, se pudesse concluir, sem mais, pela ineficácia dos actos praticados por aquele sujeito e pela sua irresponsabilidade, sobretudo nos casos em que o exercício de poderes de facto por quem não esteja para tal legitimado esconde propósitos fraudulentos na prática de actos e actuações ilegítimas em postergação do regime legal de responsabilidade dos administradores de direito, sendo certo que o mesmo há-de ser compreendido como instrumento de equilíbrio do exercício de poder.⁷

civil societária dos administradores de facto', Temas Societários, Colóquios n.º 2, Almedina, 2006, pp. 32-33.

⁵ Elucidativa é a afirmação de JUSTE MENCÍA, 'En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general da la sociedad. Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4004) y 7 de junio de 1999 (RJ 1999, 509) y de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 1999', *RdS*, n.º 14, 2000, p. 444, quando refere que 'el reforzamiento del régimen de responsabilidad ha traído ya consecuencias, relacionadas con su posible extensión a aquellos otros sujetos que, sin ostentar la condición de administradores, ocupan de hecho el papel que la ley reserva, en exclusiva, a quienes aceptan formalmente el nombramiento de administrador'. Em sentido idêntico, DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 29, e MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la responsabilidad', in 'La responsabilidad de los administradores', coord. por Emilio M. Beltrán Sánchez e Angel José Rojo Fernández-Río, Tirant to blanch, 2005, p. 56, referindo que 'las causas de esta evolución tienen bastante que ver (...) con el endurecimiento del régimen de responsabilidad (...). Habiéndose incrementado el rigor en la exigencia de responsabilidad, el ejercicio del cargo de administrador implica para su titular la asunción de una elevada dosis de riesgo. Es por ello explicable (que no justificable) que en ocasiones se haya tratado de eludir desempeñando funciones administrativas personas que previamente no han sido investidas de la condición de administradores'.

⁶ Na expressão sugestiva de DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 133, 'el administrador de hecho es una especie del género administrador'.

⁷ Neste sentido, DÍAZ ECHEGARAY, 'La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima', 2.ª ed., Editorial Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 395-397, refere que não faria sentido que os administradores de facto estivessem sujeitos a um regime de responsabilidade menos rígido do que o previsto para os administradores de direito, sobretudo se atendermos a que o regime de responsabilidade é instrumento tendente ao equilíbrio do exercício de poder, *idem*, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 29-30. Por seu turno, DEDESSUS-LEMOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', *Revue des Sociétés*, 115^e année, n.º 3, jul-li/sept. 1997, Éditions Dalloz, p. 501, equaciona mesmo a possibilidade de, no silêncio de disposições sobre a matéria, submeter as actuações dos administradores de facto a um regime mais rigoroso do que o previsto para os administradores de direito, a fim de sancionar situações, por natureza, irregulares. E acrescenta o autor, na p. 514: 'Cette assimilation procède, tout d'abord,

Ainda do ponto de vista da uniformidade no ordenamento global, não se afiguraria razoável que o mesmo sujeito pudesse ser condenado em sede penal por insolvência, bem como pelas dívidas fiscais não cumpridas e fosse depois isento de responsabilidade civil.⁸

Por outro lado, o reconhecimento do instituto acautela o cumprimento das regras imperativas que delimitam o sistema organizativo societário, mediante o desincentivo do exercício de funções de gestão próprias dos administradores de direito na falta de uma deliberação de eleição ou designação válidas por via de uma extensão do regime de responsabilidade limitada aos aspectos negativos ou sancionatórios dessas regras.⁹

d'un argument de bon sens: le dirigeant de fait est, avant tout, un dirigeant qui est identifié grâce à l'exercice d'une véritable activité entrepreneuriale'. No sentido do reconhecimento do instituto do administrador de facto por força da compreensão do regime de responsabilidade civil dos administradores enquanto instrumento de equilíbrio do exercício de poder, v. também DÍEZ JALÓN / PALOMO BALDA, 'Responsabilidad de los administradores: levantamiento del velo', *Dossier Práctico*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 1998, p. 33, e PERDICES HUETOS, 'Significado actual de los «administradores de hecho»: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 septiembre 2001 (RJ 2001, 7489)', *RdS*, n.º 18, 2002, p. 278, afirmando que o administrador de facto 'no puede alegar una inadmisibile situación formal de acefalia del órgano administrativo provocada por él mismo para excluir su responsabilidad por esa gestión'. Entre nós, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 28, referindo-se às regras de responsabilidade civil dos administradores sustenta o seguinte: 'Tal característica da previsão legal alimenta a tentação de esvaziar e iludir o alcance desse regime, pois, maliciosamente ou não, bastará o *abrigo da falta ou de uma irregularidade da investidura formal como titular do órgão administrativo* para afastar a punição, ainda que se tenham praticado *actos próprios* do desempenho de funções de gerência, administração ou direcção'. E acrescenta, a pp. 31-32: 'Visto o regime da responsabilidade como aparelho que *equilibra o exercício de um poder*, parece claro que, se se comprova o *facto* de haver quem administre *como* os administradores de direito, estes sujeitos devem estar *juridicamente* sujeitos às regras da correcta e diligente administração. E, se for caso disso, à responsabilidade derivada da violação dessas regras, em abono da tutela do interesse patrimonial das sociedades administradas, dos credores sociais e de outros terceiros comprometidos na órbita corporativa. Assim, (...) o risco de administração recai sobre *todo aquele que coloca em acção a administração*, de direito ou de facto. Concorro, portanto, com a doutrina que sustenta ser a previsão do instituto da administração de facto um *pressuposto de eficácia* da disciplina da responsabilidade civil pela administração social'. Em sentido idêntico, v. SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 110, TÂNIA CUNHA, 'Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais: a culpa nas responsabilidades civis e tributárias', 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 79, FÁTIMA RIBEIRO, 'A tutela dos credores da sociedade por quotas e a "desconsideração da personalidade jurídica"', Almedina, Coimbra, 2009, p. 475, e ELISABETE RAMOS, 'O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura', Almedina, 2010, p. 151.

⁸ Sobre a responsabilização do administrador de facto em sede de Direito Penal e Tributário, v. nota 1, *supra*.

⁹ DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., pp. 514-515, e DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 31 e 150.

Por fim, o reconhecimento do instituto do administrador de facto promove a própria conservação da actividade societária, evitando a paralisação daquela que por ele seja efectuada.¹⁰

2. A noção de administrador de facto

Dissemos que a circunstância de alguém exercer funções de gestão próprias de administrador,¹¹ sem que para tal esteja investido formal e validamente em virtude da ausência do preenchimento de algum dos pressupostos impostos por lei não determina que se deva concluir, sem mais, pela ineficácia dos actos praticados por aquele sujeito, bem como pela sua irresponsabilidade.

Na verdade, entre o administrador de facto e a correspondente pessoa colectiva estabelecem-se relações obrigacionais, cujo reconhecimento impõe-se em face da emergência da salvaguarda do normal funcionamento da pessoa colectiva e da protecção do tráfico jurídico, bem como da confiança de terceiros. Neste contexto, tais relações são compreensivelmente passíveis de ocasionar uma equiparação parcial entre o administrador de facto e o de direito e, por conseguinte, uma subordinação a regras de actuação específicas destinadas a regular e sancionar a actividade deste último.¹²

A questão que hoje se coloca não é tanto a de saber se é possível responsabilizar os administradores de facto, mas antes a de delimitar os contornos do próprio con-

¹⁰ Neste sentido, PÉREZ ESCOLAR, 'Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968', *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 45, 1968, pp. 413-414, sustenta o seguinte: 'al corroborar la validez de la actuación de los administradores de hecho, la Dirección General proclama la necesaria "existencia permanente de un órgano", que, al frente de la vida social, "impone su continuidad, pues de otra manera la Sociedad quedaría paralizada"'. Em idêntico sentido, v. MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la responsabilidad', cit., pp. 56-57, com referências jurisprudenciais.

¹¹ Sendo certo, que o administrador de facto não é necessariamente uma pessoa física.

¹² Neste sentido, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 31, e SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., pp. 116-119.

ceito¹³, sendo certa a existência de dada ambivalência terminológica¹⁴ face à extraordinária amplitude e diversa fenomenologia que o instituto pode apresentar.¹⁵

Em Portugal, a figura do administrador de facto, inicialmente apontada pelo nosso legislador ordinário, aguarda agora a correspondente materialização dogmática, que só mais recentemente começa a realizar-se, não definindo nem caracterizando a nossa lei quem são os administradores de facto.

Numa primeira aproximação ao conceito, sempre se dirá que *‘é administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade’*, independentemente do motivo que preside a essa carência de legitimidade.^{16/17}

Nesta noção estão compreendidos: a) o sujeito que actua notoriamente como um administrador de direito, mas sem título bastante, em virtude de nulidade de desig-

¹³ DÍAZ ECHEGARAY, ‘El administrador de hecho...’, cit., p. 77, e COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, em comentário ao artigo 72.º, in ‘Código das Sociedades Comerciais em comentário’ (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. I, Coimbra: IDET, Almedina, 2010, p. 843.

¹⁴ FABRIZIO GUERRERA, ‘Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali’, Rivista del Diritto Commerciale, 97, Ano 1999, Parte Prima, p. 133, e MARTÍNEZ SANZ, ‘Ámbito subjetivo de la responsabilidad’, cit., p. 56.

¹⁵ GARCÍA-CRUCES, ‘Administradores sociales y administradores de hecho’, in ‘Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Sánchez Andrés’, en prensa, 2008, disponível em http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/HomenajeSánchezAndrés.pdf, p. 7.

¹⁶ A noção transcrita é-nos dada por COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, ‘Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores...’, cit., p. 43 (= COUTINHO DE ABREU, ‘Responsabilidade civil dos administradores...’, cit., p. 101). Para outras definições, v. Díez JALÓN / PALOMO BALDA, ‘Responsabilidad de los administradores...’, cit., pp. 33 e 106, propugnando por uma interpretação em sentido amplo da expressão ‘administradores de facto’, que compreenderá dois grupos: em primeiro lugar, o daqueles que, sem ocupar formalmente um qualquer cargo, determinam o controlo e governo da sociedade, substituindo os administradores ou exercendo sobre eles uma influência decisiva. Circunstância que associada, em regra, a um grupo de controlo será disciplinada pelas regras gerais de responsabilidade, caindo fora do âmbito societário; em segundo lugar, o daqueles que, destituídos embora de um título válido, em razão de vício de substância ou forma, ocupam formalmente o cargo de administrador, PERDICES HUETOS, ‘Significado actual de los «administradores de hecho»...’, cit., p. 281, defendendo também uma noção ampla de administrador de facto, aqui compreendidos tanto o notório como o oculto, integrando este, por seu turno, o que actua no tráfico sob outra aparência e o administrador na sombra, e RICARDO COSTA, ‘A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico’, Almedina, 2002, p. 718. Propondo uma outra tipologia da administração de facto, v. GARCÍA-CRUCES, ‘Administradores sociales y administradores de hecho’, cit., pp. 22 e ss..

¹⁷ No sentido da irrelevância do motivo que preside à carência de legitimidade, PERDICES HUETOS, ‘Significado actual de los «administradores de hecho»...’, cit., p. 281: ‘Es irrelevante el por qué de esa falta de legitimidad; lo que importa es que actúan sin ella’.

nação, de caducidade ou de inexistência de título; b) o sujeito que apresenta um estatuto diferente do de administrador (v.g., director geral, gerente de comércio, procurador para a prática de dados actos, um sócio dominante que não quer expor-se aos riscos próprios do estatuto de administrador), mas exerce funções de gestão com a autonomia característica dos administradores *de iure*; c) o sujeito que, embora sem qualquer cargo de administração ou função profissional na sociedade, determina ordinariamente a actuação dos administradores de direito.¹⁸

Atendendo à contraposição entre administradores de facto e 'administradores na sombra', os primeiros encontram-se referidos sob a alínea a) – os *administradores de facto aparentes*, os quais apresentam-se publicamente como administradores de direito – e sob a alínea b) – os *administradores de facto ocultos sob outro título*, que não o de administrador, exercendo ambos directamente funções de gestão características dos administradores *de iure* e com a autonomia própria destes. Por seu turno, os *administradores na sombra* integram a alínea c). Caracterizam-se por não exercerem directamente funções de gestão, dirigindo antes os administradores de direito que as executam.¹⁹

Para efeitos de vinculação da sociedade, a noção ampla de administrador de facto *supra* referenciada não valerá em toda a sua compreensão. Com efeito, apenas os administradores de facto compreendidos sob a alínea a) – e não já os administradores ocultos – vincularão a sociedade a esse título, na medida em que os respectivos membros conhecem e toleram o seu comportamento, aparecendo eles como administradores *de iure* perante os terceiros, que confiam nessa aparência.²⁰

¹⁸ COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores...', cit., pp. 40-41 (= COUTINHO DE ABREU, 'Responsabilidade civil dos administradores...', cit., pp. 99-100, e COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, em comentário ao artigo 72.º, in 'Código das Sociedades Comerciais em comentário', cit., p. 844. Cfr. a sistematização apresentada por DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 33-34, e RICARDO COSTA, em anotação ao artigo 80.º, in 'Código das Sociedades Comerciais em comentário', cit., p. 920.

¹⁹ COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores...', cit., pp. 41-42 (= COUTINHO DE ABREU, 'Responsabilidade civil dos administradores...', cit., pp. 100-101). No respeitante aos administradores referidos sob as alíneas a) e b), os autores realçam ainda o facto de em causa serem apenas referidas as funções de gestão, designadamente, o planeamento, comando e controlo no provimento de recursos materiais, financeiros e humanos, e de gestão corrente (v. também COUTINHO DE ABREU, 'Governança das sociedades comerciais', Almedina, Coimbra, 2006, pp. 37 e ss.).

²⁰ PERDICES HUETOS, 'Significado actual de los «administradores de hecho»...', cit., pp. 280-282, e COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores...', cit., p. 42, em nota 69 (= COUTINHO DE ABREU, 'Responsabilidade civil dos administradores...', cit., p. 102).

3. O critério formal e funcional na construção do conceito

No processo de construção da noção ora em apreciação contrapõem-se duas orientações, a saber: a que acolhe o critério formalista e a que propugna pelo critério funcional, sendo certo que a destrição entre estas perspectivas reside fundamentalmente na indispensabilidade de uma designação e/ou investidura no cargo de administrador, ainda que não preenchendo os pressupostos legalmente previstos, imposta pela primeira daquelas perspectivas.²¹

Em termos genéricos, o critério formalista assenta na urgência de evitar a paralisação da sociedade por impedimento da actividade dos respectivos órgãos sociais em virtude da irregular designação ou caducidade do mandato dos seus titulares.²² Para tanto, deve concluir-se pela existência de uma vontade exteriorizada da pessoa

²¹ Para maiores desenvolvimentos sobre a distinção entre os critérios formal e funcional na construção do conceito de administrador de facto, v. DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 128 e ss., ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais', *Studia Iuridica*, 67, Coimbra Editora, 2002, pp. 182-183, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., pp. 34-35 e pp. 38-39, e SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., pp. 119-129.

²² Relativamente aos vícios ou irregularidades de designação no nosso ordenamento, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., pp. 29-30, enumera os seguintes exemplos: 'a deliberação é nula (v.g., por incapacidade jurídica: arts. 252.º, n.º 1, 390.º, n.º 3, 425.º, n.ºs 5, al e), e 6, 1.ª parte) ou foi anulada; o título de nomeação de administrador ou director de sociedade anónima ou sociedade em comandita por acções (arts. 396.º, n.ºs 1 a 3, 433.º, n.º 2, 478.º) não produz efeitos porque a caução de responsabilidade (não tendo sido dispensada por deliberação ou por disposição estatutária) não foi prestada no prazo legal (a sanção é a «cessação imediata de funções»: art.º 396.º, n.º 4; houve caducidade do título: v.g., por decurso do prazo por que foi feita a designação (mas v. o art. 391.º, n.º 4, para as sociedades anónimas), reforma do administrador, incompatibilidade ou incapacidade de exercício de direitos supervenientes do administrador (v. arts. 401.º, que determina ainda a competência do conselho fiscal para «declarar o termo das funções», e 425.º, n.º 6, 2.ª parte) e o ex-administrador continua, provisoriamente, a prorrogar as funções de administrador; houve destituição, substituição ou renúncia ao cargo do administrador e este, perante a inércia da assembleia e dos sócios, continua em funções; etc.'. Retomando a sanção prevista no artigo 396.º, n.º 4 CSC, COUTINHO DE ABREU, 'Responsabilidade civil dos administradores...', cit., pp. 102-103, é de opinião que a mesma não prejudica a validade e eficácia dos actos de representação praticados pelos administradores sem a caução exigida. Por seu turno, NOGUEIRA SERENS, 'Administradores de sociedades anónimas...', cit., p. 94, em nota 318, vê na caducidade do título, em consequência da falta de prestação de caução no prazo legal uma das situações mais incontroversas de 'administradores de facto', sempre que estejam em causa sociedades cujos administradores não podem ser dispensados de prestar caução, a saber, as 'sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado' e as 'sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do número dois do artigo 413.º' (artigo 396.º, n.º 3 CSC). Já relativamente às demais sociedades, NOGUEIRA SERENS entende que os administradores que não caucionam a sua responsabilidade no referido prazo ficam sujeitos a *destituição com justa causa*, daqui arredando a sanção da cessação imediata de funções. Propugna, por conseguinte, o Autor pela *redução teleológica* da disposição em apreço (p. 97).

colectiva na nomeação de um dado indivíduo para o cargo de administrador, conjuntamente com a respectiva aceitação, ainda que tácita, de que resulte a afirmação de um vínculo orgânico mínimo, espelho ou manifestação de uma conexão particular entre a sociedade e aquele sujeito, *conditio sine qua non* de uma verdadeira relação de administração, de forma a que a actividade exercida possa ser imputada ao ente para quem aquele actua.

Nesta óptica, uma vez observadas as condições *supra* expostas, nada atalha a absoluta correspondência ou cabal equiparação entre o administrador de direito e o de facto e, por conseguinte, a subordinação deste ao regime que pauta e sanciona a actividade daquele.²³

Porém, a perspectiva formalista é susceptível de duras críticas. Desde logo, um elenco de vozes desaprova a ficção de designação.²⁴ Na verdade, a exigência daquele vínculo orgânico mínimo conduz a uma diminuição ampla do âmbito de aplicação da figura, abrindo caminho a zonas de irresponsabilidade de modo discricionário face ao exercício ilegítimo de poderes de facto. Senão vejamos: seguindo esta orientação, o exercício de funções de administração na ausência absoluta de uma nomeação não permite concluir pela existência de um administrador de facto, donde as regras de responsabilidade civil dos administradores são, nesta perspectiva, inaplicáveis.²⁵ E isto, em detrimento do carácter sancionatório que deve nortear a consagração do administrador de facto, enquanto meio de antecipação e proibição de comportamentos fraudulentos direccionados à preterição do regime de responsabilidade dos admi-

²³ Este foi o critério maioritariamente seguido pela jurisprudência italiana em matéria civil. Para maiores desenvolvimentos, v. VITTORIO CANTELE, 'Amministratore di fatto e di diritto: chi risponde del reato di bancarotta?', *Le Società*, n.º 1, 1993, p. 62, FABRIZIO GUERRERA, 'Gestione «di fatto» e funzione amministrativa...', cit., pp. 154 e ss., tecendo duras críticas à categoria da deliberação implícita e à ficção que a mesma representa, e ELISABETTA VALERIO, 'Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratori di fatto?', *Le Società*, n.º 9, 2001, pp. 1049 e ss., onde evidencia que uma nova interpretação do conceito de administrador de facto foi operada pela sentença da *Cassazione* n.º 1995/1999. Ai foram considerados responsáveis os sujeitos que determinaram a actividade empreendida pela sociedade, mesmo na ausência de uma qualquer investidura formal, irregular ou tácita.

²⁴ FABRIZIO GUERRERA, 'Gestione «di fatto» e funzione amministrativa...', cit., pp. 154 e ss., e DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 130, considerando que 'la extensión del concepto de deliberación implícita operada en la materia en examen por quienes sostienen la posición formalista, conduce a claros forzamientos conceptuales y al olvido de la verdadera ratio de la figura del administrador de hecho. Tal indebida extensión da lugar a elusiones de los principios que gobiernan el procedimiento de deliberación y decisión de los órganos sociales'.

²⁵ DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 130, refere que 'esta interpretación no tiene en cuenta que el fin último de la figura del administrador de hecho es evitar, en lo posible, el incumplimiento de los deberes de correcta administración de las sociedades y extender la responsabilidad a quien de hecho ejerce las funciones atribuidas a los administradores, en ausencia de una válida designación'.

nistradores. Depois, a apreciação da existência de um vínculo contratual condicionada a uma designação e investidura irregular afigura-se imprecisa.

Face às críticas tecidas à concepção tradicional, a doutrina apresentou propostas no sentido da ampliação do elenco dos casos em que é reconhecida a responsabilidade de quem administra a sociedade, independentemente da existência de um vínculo orgânico mínimo.

Neste contexto, a perspectiva funcional propugna como critério relevante o da administração *extra-institucional*, que se pauta pelo exercício efectivo de uma actividade de gestão, em virtude do qual o administrador de facto avoca as competências específicas do administrador de direito, independentemente de um qualquer acto de designação.

O desígnio fundamental em presença consubstancia-se, assim, no carácter sancionatório que deve nortear a construção do conceito de administrador de facto, enquanto meio de antecipação e proibição de comportamentos fraudulentos direccionados à preterição do regime de responsabilidade dos administradores, centrando-se a análise decisivamente na actuação empreendida por um dado sujeito, situação que não vimos suceder na abordagem intentada pelos adeptos do critério formalista, que vêem no reconhecimento da figura apenas a imprescindibilidade de assegurar que a sociedade não fique paralisada por impossibilidade de actuação dos seus titulares.

Por outro lado, a construção do conceito não passa agora por uma absoluta correspondência entre o administrador de direito e o de facto e, por conseguinte, por uma cabal subordinação deste ao regime que pauta e sanciona a actividade daquele, mas antes pela demarcação da disciplina prevista para o administrador *de iure* susceptível de ser aplicada *mutatis mutandis* ao administrador de facto, atentas naturalmente as circunstâncias particulares em torno do carácter ilegítimo desta actuação.²⁶

Perante as profundas críticas tecidas à perspectiva formalista, a ideia de um conceito funcional e amplo parece dever considerar-se como a mais adequada à particular filosofia que subjaz à administração de facto, tendo vindo a conquistar um cada vez maior número de adeptos, não apenas na doutrina²⁷ como na jurisprudência.

²⁶ DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 148, aludindo à correspondência entre o administrador de direito e o de facto, refere que 'esta asimilación no se refiere al total estatuto de los administradores con título, sino limitadamente a alguna cuestión, principalmente en lo referente a la responsabilidad'.

²⁷ Neste sentido, PERDICES HUETOS, 'Significado actual de los «administradores de hecho»...', cit., p. 279, DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 74, COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores...', cit., p. 43 (= COUTINHO DE ABREU, 'Responsabilidade civil dos administradores...', cit., pp. 104-105), MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la respon-

De todo o modo, a delimitação da figura não deve encontrar-se por forma excessivamente ténue ou indefinida, sob pena da sua incorrecta utilização. Desta feita, a eventual ampliação do conceito ora em apreciação impõe ao Tribunal a invocação do conjunto de razões que, no caso concreto, fundamentam a extensão do regime de responsabilidade previsto para os administradores *de iure* a estes outros sujeitos.²⁸

4. A concretização do conceito de administração de facto

A operacionalidade do conceito não se basta com a afirmação de que a administração de facto se concretiza no exercício efectivo de uma actividade de gestão idêntica ou comparável à do administrador *de iure*, afigurando-se antes fundamental precisar os critérios de carácter geral²⁹ que identificam a figura, mediante a determinação das concretas características que aquela deve tendencialmente revestir para que o seu agente seja tido como administrador de facto, tarefa que vem sendo desenvolvida pela jurisprudência e doutrina pertinentes nesta matéria.

sabilidad', cit., pp. 59-60, dando conta do estado da problemática a nível legislativo, doutrinal e jurisprudencial, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., pp. 34 e 39, PEREIRA DIAS, 'Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração...', cit., p. 93, SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 129, e FERREIRA GOMES, 'Conflito de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador', in 'Conflito de interesses no direito societário e financeiro. Um balanço a partir da crise financeira', Almedina, Coimbra, 2010, p. 155.

²⁸ JUSTE MENCÍA, 'En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad...', cit., p. 454, refere que 'una eventual ampliación del concepto en el caso concreto exige, al menos, una suficiente motivación por parte del tribunal acerca de las razones que consienten, en el caso concreto, la extensión de la responsabilidad expresamente regulada para aquellos sujetos a otros distintos. Esta tarea exige un rigor metodológico en la interpretación de los hechos, que consienta la aplicación de aquellas normas por razones que deben hacerse explícitas (y que, por su excepcionalidad, no consienten una generalización en esta sede, a salvo un posible principio de anudar la responsabilidad, dados los fines de estas normas, con el comportamiento de quien realmente asume el poder de decisión de la sociedad, lo que también es discutible)'. Em idêntico sentido, PEREIRA DIAS, 'Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração...', cit., pp. 131-132, salientando a necessidade de cautela na qualificação de um sujeito como administrador de facto, para efeitos da respectiva responsabilização, sob pena de se ampliar excessivamente o perímetro da responsabilidade e, por conseguinte, limitar-se incompreensivelmente a manifestação de interesses legítimos junto da administração de direito, e SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., pp. 128-129, com referências jurisprudenciais.

²⁹ DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 35, chama a atenção para o facto de não se pretender aqui o estabelecimento de cânones rígidos de identificação, mas apenas de critérios idóneos reveladores da administração de facto, face à diversidade de situações em presença.

Em regra, o administrador de facto é aquele que exerce, de modo continuado, funções de gestão reservadas por lei ao administrador *de iure*,³⁰ sem que para tal esteja investido formal e validamente, encontrando-se numa posição de independência ou de autonomia decisória, substituindo ou colaborando com os administradores designados, e não numa posição de subordinação.

Nesta sede, o que fundamentalmente releva é o exercício de funções de administração, e não a prática de simples actos de representação relativamente a terceiros, questão que se prende mais com um problema de imputação desses actos à sociedade e cujo exame surge, em regra, em momento subsequente e de modo autónomo à qualificação como administrador de facto.³¹ Não constituindo embora um elemento imprescindível da administração de facto, sempre se dirá que a actividade de representação será de atender, enquanto indício probatório, quando dela se infira a manifestação de uma real direcção dos desígnios da sociedade.³²

Embora nem sempre seja de exigir o desempenho efectivo³³ de funções de gestão próprias e reservadas por lei ao administrador de direito para a qualificação de um sujeito como administrador de facto, a verdade é que este critério encontra-se fre-

³⁰ DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 40, fala a este propósito num 'criterio de equivalencia de la función', remetendo para a delimitação do perímetro das funções próprias dos administradores *de iure*.

³¹ Neste contexto, DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 44 e ss., distingue entre administrador de facto e representante aparente.

³² Neste sentido, DANIEL TRICOT, 'Les critères de la gestion de fait', *Droit & Patrimoine*, n.º 34, Janvier, 1996, p. 24, referindo que 'il n'est pas le représentant légal de la société, mais en raison des actes personnels de direction qu'il accomplit, il est, en fait, son dirigeant', e DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 45. Entre nós, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 37, sustenta que 'apesar da ilusória contradição, (...) são precisamente os poderes de gerir as actividades da sociedade e representar externamente a sociedade perante terceiros como os administradores de direito (...) que permitem sublimar a administração de facto'. Mas o autor acrescenta, em nota 11, que 'não é unânime a exigência do cumprimento de actos externos e a apresentação em face de fornecedores, trabalhadores, clientes e financiadores como administrador representante da sociedade. Para quem a contraria, bastará uma actividade de carácter *interno* e dispensa-se uma exteriorização a título representativo para a existência da gestão de facto'.

³³ Em sentido contrário, DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., p. 505, e DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 38-39, consideram que a abstenção e o silêncio não permitem deduzir a existência de uma administração de facto, chamando o último autor a atenção para uma importante diferença relativamente à administração de direito: 'Cuando una persona ha sido regularmente designada para ejercer la administración de una sociedad, poco importa que ejerza o no la administración, ya que la falta de actividad no le exonerará de responsabilidad, antes al contrario, su responsabilidad puede surgir precisamente de su falta de actividad. Por el contrario, quien no ha sido legalmente designado para ejercer la administración de la sociedad debe abstenerse de intervenir en ésta, siendo sólo a partir del momento en que, pese a esa ausencia de título, se inmiscuye en la gestión, desarrollando una actividad positiva, cuando se le puede atribuir la condición de administrador de hecho'.

quentemente em presença, preconizando a confirmação de uma *intensidade qualitativa* de administração no respeitante ao destino comercial e financeiro da sociedade, bem como ao provimento de recursos humanos e materiais. Referimo-nos, por conseguinte, a actos que revistam certa importância para a sociedade, e não a actuações que se revelem de escassa importância.³⁴ Tais actos hão-de estar compreendidos na denominada 'alta direcção',³⁵ por contraposição ao 'governo técnico' do dia-a-dia, onde se compreendem os actos de estrita administração ou de organização interna e os de simples controle ou supervisão da administração. Do mesmo passo, a mera emissão de conselhos, sugestões ou recomendações não releva, *per si*, para a qualificação da administração de facto.³⁶

Por outro lado, muito embora a administração de facto possa ser compatível com o exercício esporádico da actividade de gestão³⁷, o mesmo há-de ser, em regra, reiterado e sistemático, estável durante um arco temporal expressivo, por forma a que possa concluir-se pela existência de uma relação de administração que fundamente a subordinação da actividade empreendida à disciplina prevista para o administrador de direito, sendo certo que não é de exigir o exercício de todas as funções características dos administradores *de iure*.³⁸

³⁴ DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 41.

³⁵ DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., p. 503, define a administração susceptível de ser reconduzida à denominada 'alta direcção' como a possibilidade de 'décider du sort commercial et financier de l'entreprise, d'imposer ses choix et de peser de façon déterminante sur sa gestion. Autrement dit, il doit disposer d'un véritable pouvoir de décision'. Entre nós, COUTINHO DE ABREU, 'Governação das sociedades comerciais', cit., p. 38, apresenta a 'alta direcção' como compreendendo 'as *decisões estratégicas* ou fundamentais sobre os *objectivos empresariais a longo prazo*, as correspondentes *organização* dos meios produtivos, *dimensão e localização* da(s) empresa(s), as várias políticas empresariais – *produção* (tipos de produtos e mercados destinatários), *distribuição, pessoal, financiamentos* –, o provimento dos *postos laborais de direcção*, o *sistema informacional* inter-orgânico e intra-empresarial'.

³⁶ Neste sentido, DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., p. 502 e ss., DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 41, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 29, em nota 4, SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 132, e DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 41.

³⁷ Pense-se na situação de administração de facto aparente, em que o sujeito logo actua notoriamente como um administrador de direito, mas sem título bastante, em virtude de nulidade de designação. Na jurisprudência, v. o Ac. TCAS, de 09-02-1999, referenciado por TÂNIA CUNHA, 'Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais...', cit., p. 78, em nota 226, onde se considerou que 'a gerência de facto ocorre quando alguém – ainda que de modo esporádico e apenas em relação a um único pelouro da empresa – exterioriza de algum modo a representação da vontade social por meio de actos substantivos e materiais, vinculando a sociedade perante terceiros'.

³⁸ Neste sentido, PÉREZ ESCOLAR, 'Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico...', cit., p. 407, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 39, em nota 12, SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 133, TÂNIA CUNHA, 'Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais...', cit., p. 79,

Assim, uma intervenção incidental e casual nos negócios sociais, que se traduza na realização de um ou vários actos isolados não se afigura, em princípio, bastante para a qualificação da administração de facto,³⁹ excepto naqueles casos em que os actos de gestão praticados de modo esporádico ou isolado apresentam repercussões no universo societário superiores às da actividade prolongada e revelem o poder e independência do administrador de facto e influência determinante daqueles actos para o funcionamento e sustento da sociedade,⁴⁰ o que há-de ser aferido rigorosamente, sob pena do alargamento desmesurado do arco de responsabilidade e da restrição injustificada da manifestação de interesses legítimos perante a administração de direito.⁴¹ Nestas hipóteses, o recurso ao regime da responsabilidade aquiliana afigurar-se-ia insuficiente para alcançar um controlo da juridicidade desses actos, que frequentemente apenas serão considerados ilícitos no domínio das regras previstas no artigo 64.º do CSC, e não já em face daquele regime. De resto, esta ressalva faz da estabilidade na administração uma nota comumente aceite, mas mero critério complementar, e não uma condição inexorável de qualificação da administração de facto, conforme demonstrado.⁴²

FÁTIMA RIBEIRO, 'A tutela dos credores da sociedade por quotas...', pp. 474-475, e GARCÍA-CRUCES, 'Administradores sociales y administradores de hecho', cit., p. 9.

³⁹ Neste sentido, DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., p. 507, e ELISABETTA VALERIO, 'Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratori di fatto?', cit., pp. 1053-1054.

⁴⁰ RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 39, em nota 12, enumera como exemplos daquele tipo de actos isolados: um mútuo bancário com elevados encargos, uma venda de participações de sociedade participada sem contrapartida justa, bem como o afastamento infundado de um director de produção que se revelara profissional dedicado e ingressa depois em empresa directamente rival.

⁴¹ Neste sentido, PEREIRA DIAS, 'Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração...', cit., pp. 131-132, refere que só excepcionalmente se aceitará o preenchimento da figura na ausência da nota caracterizadora ora em apreciação, sob pena da ampliação excessiva do perímetro da responsabilidade e da limitação incompreensível da manifestação de interesses legítimos junto da administração *de iure*. E acrescenta, em nota 346, que um possível afastamento do requisito da sistematicidade corresponde a uma significativa transformação relativamente ao estalão jurisprudencial inglês, na linha seguida no processo *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, onde se exige a averiguação de um padrão de conduta na relação entre o *shadow* e o *de facto* ou *de jure directors* – cfr. ponto 5, *infra*. Seguindo a mesma orientação, SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., pp. 133-135.

⁴² RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 39, em nota 12, SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., pp. 133-135, e GARCÍA-CRUCES, 'Administradores sociales y administradores de hecho', cit., p. 11 ('la estabilidad del poder de decisión que ostenta un sujeto en relación con la sociedad vendría a constituir un elemento probatorio que amparara su calificación como administrador de hecho pero, sin embargo, no parece que debiera entenderse, siempre y necesariamente, como un requisito o presupuesto de la misma noción').

Além disso, o administrador de facto não há-de encontrar-se numa posição de subordinação, mas antes numa posição de independência ou de autonomia decisória, pelo menos em termos idênticos aos administradores de direito, substituindo ou colaborando com os administradores designados.⁴³

Aos pressupostos referidos acresce, relativamente aos administradores de facto aparentes, a necessidade de conhecimento e/ou assentimento – ainda que implícito ou tácito⁴⁴ – da pessoa colectiva relativamente à actividade empreendida pelo administrador de facto, desde logo, para efeitos de vinculação da sociedade aos actos por ele praticados em seu nome perante terceiros. Do mesmo passo, não se vislumbra como um sujeito destituído de poderes possa intervir e/ou influir de modo sistemático na gestão estratégica da sociedade com a oposição dos sócios e/ou dos administradores de direito.^{45/46}

⁴³ Neste sentido, DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., p. 504, DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 42-43, e p. 81, apontando como exemplos de sujeitos numa posição de subordinação 'el caso de los administradores asalariados, tales como los directores administrativos, comerciales, financieros, etc., que «a priori» no son administradores ni de derecho ni de hecho', muito embora reconheça que a existência de uma aparente relação laboral não exclui, sem mais, a administração de facto, MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la responsabilidad', cit., p. 62, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 31, SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., pp. 135-136, GARCÍA-CRUCES, 'Administradores sociales y administradores de hecho', cit., p. 9, e TÂNIA CUNHA, 'Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais...', cit., p. 79.

⁴⁴ MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la responsabilidad', cit., p. 62.

⁴⁵ Neste sentido, PÉREZ ESCOLAR, 'Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico...', cit., pp. 406-407, PERDICES HUETOS, 'Significado actual de los «administradores de hecho»...', cit., p. 282, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 39, em nota 12, e SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., pp. 136-137.

⁴⁶ Autores há que elaboram uma seriação diversa das concretas características que a actividade de gestão deve revestir para que o seu agente seja tido como administrador de facto. DANIEL TRICOT, 'Les critères de la gestion de fait', cit., pp. 26-28, distingue entre critérios determinantes, critérios complementares e critérios indiferentes. No primeiro grupo estão compreendidas a independência e a actividade do administrador. Já no segundo grupo incluem-se a repetição suficiente de um conjunto de actos, a assinatura de contratos em nome da sociedade, o estabelecimento de relações com banqueiros, a direcção deliberada da sociedade para uma dada actividade, a elaboração das contas da sociedade e o controlo da contratação de pessoal. Indiferentes são a incompetência do administrador, a ausência de remuneração, o carácter público ou secreto da actividade desenvolvida, a qualidade de sócio ou accionista e o exercício pelo accionista, ainda que maioritário, dos seus direitos, que não deve ser tomado como indicio da administração de facto. Por seu turno, DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 36 e ss., distingue entre os critérios de carácter negativo, onde se inclui a ausência de uma investidura válida, e de carácter positivo, compreendendo aqui a realização de uma actividade positiva de direcção, administração ou gestão, exercida com total independência e de modo constante. Por fim, GARCÍA-CRUCES, 'Administradores sociales y administradores de hecho', cit., p. 9, considera irrelevantes as causas que motivam a inexistência de uma investidura formal e válida, bem como a circunstância de alguém actuar como administrador frente a terceiros ou, ao invés, ser desconhecido perante estes.

Verificados que estejam os pressupostos enunciados, todas as demais circunstâncias redundam em secundárias, sendo certo que podem ou não verificar-se, sem que a respectiva ausência impeça a qualificação de um sujeito, eventualmente, como administrador de facto.⁴⁷

Seja como for, a delimitação da figura do administrador de facto não deve encontrar-se, como vimos, por forma excessivamente ténue ou indefinida, sob pena da sua incorrecta utilização.⁴⁸ Na verdade, a aplicação dos critérios que presidem à caracterização da administração de facto *supra* expostos aparece como uma problemática delicada face à diversidade de situações susceptíveis de ser reconduzidas à administração de facto, razão pela qual aqueles critérios de carácter geral hão-de ser averiguados e observados *in concreto*, caso a caso, embora sempre atentas as ressalvas que foram sendo efectuadas na respectiva análise, servindo-se a jurisprudência, frequentemente, de uma série de indícios, cuja presença pode auxiliar nesta identificação.⁴⁹

5. O administrador oculto

Atenta a sistematização perfilhada aquando da apresentação da noção de administrador de facto, sob o ponto 2 do nosso estudo, o conceito de administrador oculto compreende os denominados *administradores de facto ocultos sob outro título*, que não o de administrador, onde se incluem os sujeitos que apresentam um estatuto diferente do de administrador, mas exercem funções de gestão com a autonomia característica dos administradores de direito, bem como os *administradores na sombra*, que se caracterizam por não exercerem directamente funções de gestão, dirigindo antes os administradores *de iure* (ou até mesmo dos administradores de facto directos) que as executam.

A segurança jurídica reclamará naturalmente a averiguação da actividade destes sujeitos, sobretudo se atentarmos na circunstância de revestir maior perigosidade a actuação daquele que premeditadamente oculta a sua intervenção na gestão societária, com a finalidade de afastar qualquer responsabilidade comparativamente à

⁴⁷ MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la responsabilidad', cit., p. 62.

⁴⁸ DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 35, sublinha precisamente que 'es posible participar en la gestión comercial e financiera de una empresa, incluso, detentar una cierta autoridad e independencia, sin incurrir por ello en la condición de administrador de hecho'.

⁴⁹ DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., pp. 502 e 506, MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la responsabilidad', cit., pp. 62-66, e GARCÍA-CRUCES, 'Administradores sociales y administradores de hecho', cit., pp. 12-15, os últimos com inúmeras referências jurisprudenciais.

actuação daquele que permanece em funções como administrador, mas sem título bastante, em virtude de nulidade de designação, de caducidade ou de inexistência de título.⁵⁰

Referindo-nos agora, em particular, ao administrador na sombra, na *Section 741 (2)* do *Companies Act* de 1985, onde encontramos a melhor concretização legal do conceito, o *shadow director* aparecia definido como 'a person in accordance with whose directions or instructions the director of the company are accustomed to act'.⁵¹ Mais tarde, a figura adquiriria linhas mais precisas no processo *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, onde são mencionados os aspectos marcantes na construção deste conceito. Aí considerou-se que a afirmação da figura do administrador na sombra pressupõe a alegação e prova de quem são os administradores da sociedade, seja os de facto seja os de direito, bem como a demonstração de que o demandado determinou a actuação dos administradores na direcção da sociedade ou de que ele foi uma das pessoas que o fez, agindo os administradores ordinariamente em conformidade com as instruções daquele, não exercendo qualquer poder de apreciação ou julgamento.⁵²

Importante é, como vimos, a manifestação de um controlo exercido sobre os administradores *de iure* (ou até mesmo dos administradores de facto directos), que cumpram as instruções do *shadow director*, abstendo-se frequentemente de perfilhar resoluções próprias relativamente a assuntos de 'alta administração'.

Neste contexto, a influência decisiva aparece como conceito jurídico indeterminado, cuja precisão há-de efectivar-se atendendo às relações que concretamente se estabelecerem entre uns e outros sujeitos.⁵³ Seja como for, a expressão permite-nos a conclusão de que não se afigura suficiente para fundamentar a responsabilização a conduta do consultor que assessoria ou a mera supervisão de quem administra, a emis-

⁵⁰ DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 47 e 139.

⁵¹ Igual definição encontra-se agora na *Section 251 (1)* do *Companies Act* de 2006.

⁵² 'To establish that a defendant is a shadow director of a company, it is necessary to allege and prove: (i) who are the directors of the company, whether de facto or de jure; (ii) that the defendant directed those directors how to act in relation to the company or that he was one of the persons who did so; (iii) that those directors acted in accordance with such directions; (iv) that they were accustomed so to act. What is needed is, first, a board of directors claiming and purporting to act as such; and, secondly, a pattern of behavior in which the board did not exercise any discretion or judgment of its own but acted in accordance with the directions of others'. Entretanto, o regime do *shadow director* veio a ser influenciado por um conjunto amplo de processos, de que se destacam os casos *Harris v Shepherd* (1975-76), *Re Unisoft Group Ltd* (No 2) (1994), *Re Kaytech International plc* (1999), *Secretary of State v Becker* (2002) e *Re A Co (No 005009 of 1987)*, *ex parte Copp & Anor* (1989), todos referenciados por SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 139, em nota 86. Sobre a distinção entre os *de facto directors* e os *shadow directors*, v. PAUL L. DAVIES, 'Gower's Principles of Modern Company Law', 6.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1997, pp. 182-183, e J. FARRAR / B. HANNIGAN, 'Farrar's: Company Law', cit., p. 336 e ss..

⁵³ DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., p. 47.

são de conselhos, sugestões ou recomendações, nem o controlo que a lei reconhece aos sócios.⁵⁴

Nesta sede, a questão que se coloca é a de saber se a figura do administrador na sombra se não sobrepõe, quando ele seja um sócio, com a do sócio influenciador do artigo 83.º, n.º 4 do CSC,⁵⁵ em razão de um confronto preliminar dos pressupostos de aplicação de cada uma das figuras. A resposta a esta interrogação há-se ser negativa, pois na ausência do preenchimento das notas tendencialmente presentes na administração de facto nada obsta a que dada situação não possa reconduzir-se à hipótese do artigo 83.º, n.º 4, cuja aplicação não carece da prévia qualificação de um dado sujeito como administrador de facto.⁵⁶

Apesar da importância da distinção entre os *de facto directors* e os *shadow directors*⁵⁷ fundada em razões de clareza de exposição e de aplicação de um conjunto de deveres específicos a estes últimos, bem como em razão da diferente natureza dos interesses em presença (de um lado, a protecção da confiança derivada de uma situação objectiva de aparência; do outro, a tutela da segurança jurídica),⁵⁸ a verdade é que não vislumbramos diferenças de fundo entre as duas categorias, donde se possam retirar consequências de regime. Desta feita, uma e outra devem ser compreendidas como estando incluídas no instituto do administrador de facto, devendo ambas ser objecto de idêntico tratamento para efeitos de responsabilidade.⁵⁹

⁵⁴ Neste sentido, DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 47 e 139, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 29, em nota 4, e SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 140.

⁵⁵ De acordo com a disposição em apreço, 'o sócio que tenha possibilidade, ou por força de disposições contratuais ou pelo número de votos de que dispõe, só por si ou juntamente com pessoas a quem esteja ligado por acordos parassociais de destituir ou fazer destituir gerente, administrador ou membro do órgão de fiscalização e pelo uso da sua influência determine essa pessoa a praticar ou omitir um acto responde solidariamente com ela, caso esta, por tal acto ou omissão incorra em responsabilidade para com a sociedade ou sócios, nos termos desta lei'.

⁵⁶ Neste sentido, PEREIRA DIAS, 'Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração...', cit., pp. 130 e ss.

⁵⁷ Interessante é o jogo de palavras empreendido por PERDICES HUETOS, 'Significado actual de los «administradores de hecho»...', cit., p. 281, na distinção entre o administrador de facto *directo* ou notório e o administrador *oculto*: 'lo que caracteriza la figura que nos ocupa es ejercitar las funciones de administración sin título bastante, ejercicio que se puede hacer directamente – y entonces estaremos ante administradores (de hecho) notorios – o indirectamente – y estaremos ante administradores (de hecho) ocultos. (...) *los primeros serían administradores de hecho, los segundos serían, de hecho, los administradores*', sendo certo que, conforme decidido no processo *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, 'they are alternatives, and in most and perhaps all cases they are mutually exclusive'.

⁵⁸ Sobre as razões que fundamentam a distinção entre os administradores notórios e ocultos, v. PERDICES HUETOS, 'Significado actual de los «administradores de hecho»...', cit., p. 280, e MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la responsabilidad', cit., p. 61.

⁵⁹ Neste sentido, DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 140, aludindo à unidade do conceito de administrador de facto, MARTÍNEZ SANZ, 'Ámbito subjetivo de la

6. A consagração do administrador de facto no ordenamento jurídico português

Diferentemente do que sucedeu noutros ordenamentos jurídicos, onde a consagração legal do administrador de facto correspondeu ao *terminus* de um processo iniciado pela jurisprudência e doutrina de desenvolvimento de conceitos e delimitação do respectivo conteúdo, em Portugal, a figura do administrador de facto foi inicialmente apontada pelo legislador ordinário, aguardando uma ulterior materialização dogmática, que só mais recentemente começa a realizar-se, já que a nossa lei não define ou caracteriza quem são os administradores de facto, nem contempla norma que terminantemente discipline a respectiva responsabilidade civil.

No silêncio do nosso ordenamento, a discussão surge precisamente em torno do fundamento daquela responsabilidade, tendo a doutrina portuguesa avançado com as propostas de solução que *infra* se expõem.

Numa dada orientação, a responsabilidade civil dos administradores de facto encontra o seu esteio no artigo 80.º do CSC,⁶⁰ ainda que por via de uma interpretação correctiva.⁶¹

Sob a epígrafe 'responsabilidade de outras pessoas com funções de administração', a mencionada disposição determina que 'as disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes, administradores e directores aplicam-se a *outras pessoas a quem*

responsabilidad', cit., p. 61, referindo que 'lo que está en juego no es un problema de representación (pues el administrador oculto no actúa frente a terceros en nombre de la sociedad, al menos como administrador), sino una cuestión de responsabilidad: se trata de que quien materialmente decide (...) no escape al régimen de administración propio de los administradores', e FERREIRA GOMES, 'Conflito de interesses entre accionistas...', cit., pp. 154-155.

⁶⁰ No sentido de que o artigo 80.º do CSC corresponde a uma regra geral de equiparação entre a responsabilidade dos administradores *de iure* e a dos administradores de facto, v. ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil dos administradores e directores...', cit., p. 186, que se afastou depois desta posição, TÂNIA CUNHA, 'Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais...', cit., p. 77, e FÁTIMA RIBEIRO, 'A tutela dos credores da sociedade por quotas...', pp. 468 e ss., que não exclui a aplicação da disposição em apreço para a fundamentação do gerente de facto, quando refere 'se o preceito responsabiliza o sócio/gerente de facto em situações em que a este, de algum modo, as funções de administração foram "confiadas", por maioria de razão deverá responsabilizá-lo nas situações em que o sócio assumiu tais funções por sua própria iniciativa, quantas vezes para tentar (precisamente) iludir os preceitos que estabelecem a responsabilidade do gerente de direito'.

⁶¹ PEREIRA DE ALMEIDA, 'Sociedades comerciais. Valores mobiliários e mercados', 6.ª ed., Coimbra Editora, 2011, pp. 279-280, considerando embora a redacção do artigo 80.º deficiente, na medida em que não abrange todos os casos de administração de facto, propõe uma interpretação correctiva motivada pela *ratio* do preceito.

sejam confiadas funções de administração' (itálico nosso), apresentando-se, por conseguinte, como uma norma de *extensão*.⁶²

Na averiguação da utilidade do preceito devemos primeiro remontar à letra do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969, análogo ao vertido actualmente no artigo 80.º, segundo o qual 'as disposições respeitantes à responsabilidade dos administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração'. Por referência a esta norma, os seus autores tiveram o desígnio de 'estender o regime da responsabilidade dos administradores a quem *legalmente* possam ser confiadas funções de administração', considerando que a mesma compreendia 'a) os titulares de órgãos de administração, além do conselho de administração, legalmente constituídos; b) os casos de atribuição das funções que legalmente pertencem ao conselho de administração a outros órgãos, individuais ou colectivos, seja qual for a designação destes'.⁶³

Atenta a origem e razão do preceito em causa facilmente se conclui pela inconsistência do elenco *supra* exposto, bem como pela diminuta utilidade do artigo 80.º do CSC para a responsabilização dos administradores de facto. Nessa medida, a perspectiva em análise, além de pouco clara, revela-se hoje desapropriada.

Em primeiro lugar, os diferentes órgãos das sociedades estão determinados na lei, sendo certo que os titulares do órgão administrativo e de representação respondem nos termos legais para eles previstos e os membros de outros órgãos respondem nos termos estabelecidos por outras disposições, afigurando-se ilícita a atribuição estatutária ou por outra via de competências próprias do órgão de administração a órgãos inominados.

Por outro lado, não se afigura adequada a afirmação de que os administradores de facto aparentes mas sem qualquer título ou os administradores na sombra sejam 'pessoas a quem *sejam confiadas* funções de administração'.⁶⁴

⁶² RICARDO COSTA, em anotação ao artigo 80.º, in 'Código das Sociedades Comerciais em comentário', cit., p. 915.

⁶³ RAÚL VENTURA / L. BRITO CORREIA, 'Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas', BMJ, n.º 195, 1970, pp. 25-26. Aí, os autores excluem do campo de aplicação do artigo 25.º, os simples mandatários, com poderes mais ou menos extensos, que são responsáveis conforme as regras do contrato de mandato, bem como os meros agentes da administração, que não podem ser equiparados aos administradores para tal efeito. Afastam também os próprios directores-gerais ou equiparados que a lei não consagra e alguns estatutos prevêm, que não passam de empregados da sociedade, embora mais qualificados.

⁶⁴ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores...', cit., p. 45 (= COUTINHO DE ABREU, 'Responsabilidade civil dos administradores...', cit., pp. 106-107).

Por fim, e em consequência, a perspectiva ora em apreciação não permite abarcar a complexidade e realidades múltiplas que o instituto pode revestir. Ao invés, a disposição em apreço apenas lograria cabal validade como regra dirigida à responsabilização seguindo uma concepção formal assente numa compreensão estrita de administrador de facto como alguém a quem foram confiadas funções de administração, circunscrevendo-se a respectiva funcionalidade aos casos de administradores com cargo caducado e de administradores cuja nomeação ostenta um vício, com exclusão dos administradores de facto sem qualquer título ou dos *shadow director*.⁶⁵

Em resumo, além de inútil para fazer responder os administradores de facto nos termos em que respondem os *de iure*, a disposição em apreço revela-se insuficiente no respeitante a alguns daqueles, muito embora, como vimos, não deixe de corresponder a uma manifestação no ordenamento societário da figura e da responsabilidade de alguns sujeitos qualificados como administradores de facto.⁶⁶

Mais útil para sustentar a perspectiva em apreço será a regra do artigo 82.º, n.º 3, alínea a), do CIRE, sobre os efeitos da declaração da insolvência relativamente aos administradores e outras pessoas.⁶⁷

De acordo com a mencionada disposição, ‘durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir: a) as acções de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, *administradores de direito e de facto*, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros’ (itálico nosso), aqui relevando também as previsões compreendidas no artigo 49.º, n.º 2, alínea c), no respeitante às pessoas especialmente relacionadas com

⁶⁵ Neste sentido, SANTOS CABRAL, ‘O administrador de facto...’, cit., pp. 142-144.

⁶⁶ RICARDO COSTA, ‘Responsabilidade civil societária...’, cit., p. 35, em nota 10, *idem*, em anotação ao artigo 80.º, in ‘Código das Sociedades Comerciais em comentário’, cit., p. 921.

⁶⁷ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, ‘Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores...’, cit., pp. 45-46 (= COUTINHO DE ABREU, ‘Responsabilidade civil dos administradores...’, cit., p. 107). Cfr. também a interpretação da norma em apreciação empreendida pela CMVM, no seu *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais*, p. 17, onde vem referido que ‘implicitamente se considerou já aplicáveis ao administrador de facto as normas relativas ao administrador dito de direito’ – http://www.cmvm.pt/CMVM/Consultas%20Publicas/CMvm/Documents/386be55a90fb4af5b225d6d5aedb32d4proposta_alter_csc.pdf, p. 17. Em sentido contrário, FÁTIMA RIBEIRO, ‘A tutela dos credores da sociedade por quotas...’, cit., p. 473, em nota 167, considera que ‘o contributo do artigo 82.º, n.º 2, do CIRE [actual artigo 82.º, n.º 3], para a fundamentação da responsabilidade dos administradores de facto é nulo, porque apenas atribui ao administrador da insolvência legitimidade para propor ou fazer seguir aquelas acções de responsabilidade “que legalmente couberem” contra aqueles, ou seja, as acções de responsabilidade contra administradores de facto para as quais já exista fundamento legal expresse’.

o devedor, e no artigo 186.º, n.ºs 1 a 3, acerca da insolvência culposa. Desta feita, as acções de responsabilidade a favor da sociedade podem ser intentadas, indistintamente, contra os administradores *de iure* e administradores de facto.⁶⁸

Noutra perspectiva, os artigos 72.º e ss. do CSC são directamente aplicáveis também aos administradores de facto, face à perfilhação do critério funcional na construção dogmática do instituto. Muito embora esta afirmação não tenha expressão manifesta na letra da lei, a verdade é que a mesma não o invalida, sendo certo que o desígnio das normas em matéria de responsabilidade civil dos administradores confirma-o.⁶⁹

Perfilhando outra orientação, autores há que propõem uma interpretação extensiva dos artigos 72.º e ss. do CSC, pressuposto o enquadramento desta responsabilidade numa perspectiva funcional⁷⁰ ou, noutro entendimento, uma correspondente equipa-

⁶⁸ De notar que, a responsabilidade falimentar do administrador de facto encontrava-se já prevista no artigo 126.º-A do Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, consagrado pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro. Sobre a responsabilização dos dirigentes de direito e de facto no caso de relações de domínio intersocietário ao abrigo deste regime, v. ENGRÁCIA ANTUNES, 'Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária', 2.ª ed., revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 592 e ss..

⁶⁹ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, 'Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores...', cit., p. 43 (= COUTINHO DE ABREU, 'Responsabilidade civil dos administradores...', cit., pp. 104-105, e COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, em anotação ao artigo 72.º, in 'Código das Sociedades Comerciais em comentário', cit., p. 845).

⁷⁰ Neste sentido, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 40, refere que 'na letra da lei não se encontrará argumento indeclinável para acolher *todo aquele que actuou como administrador*. Mas já vimos que esta hipótese deve estar no seu espírito: a disciplina da responsabilidade civil deve ser *formatada* em termos funcionais. Tomando como parâmetros *as prescrições que disciplinam a actuação dos administradores e que possam ser aplicáveis aos administradores de facto* (...), justifica-se, assim, uma interpretação *extensiva*'. Seguindo idêntica orientação, v. PEREIRA DIAS, 'Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração...', cit., p. 93, SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 145, e FERREIRA GOMES, 'Conflito de interesses entre accionistas...', cit., p. 156. Recorde-se que no processo de consulta n.º 1/2006 redigido a propósito das propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais, a CMVM, referindo-se à responsabilidade pela administração de facto, acentuava expressamente que 'é necessário averiguar da necessidade da sua consagração entre nós, para efeitos da responsabilidade civil do *shadow director*. Retenha-se, preliminarmente, que o Código das Sociedades Comerciais reúne já um acervo considerável de normas que podem responder, e respondem, a diversas situações para as quais se desenvolveu inicialmente a doutrina do administrador de facto no Direito societário. Atente-se no disposto no artigo 80.º do Código, que disciplina a responsabilidade de outros sujeitos a quem foram confiadas funções de administração. Depois, atenda-se à responsabilidade solidária do sócio, nos termos do artigo 83.º, ou do sócio único, nos termos do artigo 84.º. Paradigmática é a responsabilidade da sociedade subordinante ou absolutamente dominante, nos termos dos artigos 501.º e 491.º, respectivamente. Por outro lado, também não é certo que o conceito de administrador de facto não possa já ser tido por pertinente no âmbito dos preceitos relativos à responsabilidade civil dos administradores, constantes dos artigos 72.º e seguintes do Código. De facto, um adequado uso da metodologia jurídica poderá permitir justamente essa possibilidade. Caberá à doutrina e

ração analógica por forma a subordinar a actividade dos administradores de facto à disciplina prevista para os administradores de direito.⁷¹

Enunciadas as propostas de solução que foram sendo avançadas pela doutrina portuguesa relativamente à discussão em torno do fundamento do regime de responsabilidade dos administradores de facto, diremos que não nos repugna a afirmação de que os artigos 72.º e ss. do CSC são directamente aplicáveis também a estes sujeitos, afigurando-se esta como uma proposta de solução adequada face à teleologia das regras em matéria de responsabilidade civil dos administradores, numa época marcada pela emergência e reforço das regras da correcta administração e dos correspondentes deveres de actuação dos administradores de sociedades.

Relativamente à questão de saber quais as consequências que podem sobrevir da sindicância da actividade dos administradores de facto vimos que a construção do conceito não passa agora por uma absoluta correspondência entre o administrador de direito e o de facto e, por conseguinte, por uma cabal subordinação deste ao regime que pauta e sanciona a actividade daquele, mas antes pela demarcação da disciplina prevista para o administrador *de iure* susceptível de ser aplicada *mutatis mutandis* ao administrador de facto.⁷²

Na verdade, uma absoluta equiparação do administrador de facto ao de direito e consequente correspondência do respectivo regime legal não se afigura adequada face a um conjunto de actos e regras imediatamente associadas à realidade de uma regular investidura formal no cargo e, por conseguinte, à competência orgânica para a sua prática.⁷³ Do mesmo passo, a afirmação de uma equivalência integral acarreta-

à jurisprudência explorá-lo ou negá-lo' — disponível em: http://www.cmvm.pt/CMVM/Consultas%20Publicas/Cmvm/Documents/386be55a90fb4af5b225d6d5aedb32d4proposta_alter_csc.pdf, pp. 16-17.

⁷¹ SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 145.

⁷² Neste sentido, DANIEL TRICOT, 'Les critères de la gestion de fait', cit., p. 24, refere que 'leur responsabilité civile ne peut pas être mise en cause de la même manière que celle des dirigeants de droit'. Entre nós, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., p. 36, sustenta que a inviabilidade de uma extensão genérica do regime de responsabilidade 'surge basicamente por culpa da *habilitação limitada* do administrador de facto para realizar certos actos', porquanto 'nem todos os *poderes* e *obrigações* de *cariz administrativo-social* estão no programa dos administradores de facto'. Seguindo a idêntica orientação, v. SANTOS CABRAL, 'O administrador de facto...', cit., p. 161, e FERREIRA GOMES, 'Conflito de interesses entre accionistas...', cit., p. 152.

⁷³ Pense-se na obrigação de prestação de caução prevista no artigo 396.º do CSC e na possibilidade de convocação da assembleia geral nas hipóteses em que a mesma é concedida aos administradores de direito. Para uma enumeração mais exaustiva do conjunto de regras cujo desígnio não se apresenta compreensível em face do administrador de facto, v. RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., pp. 36-37, que não deixa, porém, de sublinhar o facto de a carência de competência *orgânica* para a prática de determinados actos não inviabiliza a real concretização dos mesmos, sendo certo que é essa actuação que deve ser sindicada.

ria efeitos indesejáveis sobre os critérios de reconhecimento da espécie dos administradores de facto, na medida em que a mesma impõe a manifestação de vontade negocial, ainda que inválida, irregular ou tácita, acompanhada da aquiescência do sujeito, donde se infira a constituição de um vínculo orgânico entre ele e a sociedade.

Inadequadas afiguram-se também as perspectivas que propugnam pela subordinação do dirigente de facto ao regime comum de responsabilidade, seja por via da responsabilidade civil contratual – empregando para tanto a disciplina do mandato ou o instituto da gestão de negócios –, seja por recurso à responsabilidade extra-contratual.⁷⁴

A extensão do regime de responsabilidade civil dos administradores de direito aos administradores de facto afigura-se uma questão sensível e difícil, pressupondo, primeiro, uma concreta identificação destes, bem como a averiguação da licitude e alcance dessa extensão e o exame da sua relação com as demais normas que admitem a responsabilização de outros sujeitos encarregados da direcção da sociedade.⁷⁵

O critério há-de identificar-se no cotejo das concretas semelhanças e diferenças entre a administração de facto e a administração de direito, sendo certo que são variadas as regras que, no nosso ordenamento jurídico, são susceptíveis de incorporar o regime que deverá disciplinar a actuação do primeiro. Relevante nesta inclusão é, por conseguinte, a idoneidade para regular material ou substancialmente a actividade habitualmente empreendida pelo administrador e salvaguardar o seu exercício leal e correcto,⁷⁶ o que se compreende naturalmente num período marcado pela emergência e reforço do regime de responsabilidade em diversos ramos do direito.⁷⁷

⁷⁴ Preconizada exemplificativamente por DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., pp. 516 e ss., e aí desenvolvida.

⁷⁵ Neste sentido, JUSTE MENCÍA, 'En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad...', cit., p. 455.

⁷⁶ DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., pp. 509-511, sugere primeiro uma comparação entre a administração de facto e a de direito, dando conta que 'l'absence d'assimilation n'est pas synonyme d'absence de sanction dans la mesure où la responsabilité du dirigeant de fait est engagée conformément en droit commun'. Neste contexto, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., pp. 40-43, procede a uma sistematização interessante das regras passíveis de serem aplicadas ao administrador de facto em função do desígnio insito no reconhecimento do instituto, segundo um triplice objecto: a) primeiro, as disposições relativas à obrigação genérica de administrar, com a diligência do gestor criterioso e ordenado e com lealdade (artigo 64.º), cujas manifestações mais importantes respeitam às obrigações de não incumprir as cláusulas do contrato social e as deliberações sociais que delinquem o objecto social ou vedem a prática de dados actos (artigos 6.º, n.º 4, 259.º, 373.º, n.º 3, 405.º, n.º 1, 2.ª parte), de não efectuar negócios que ofendam a especialidade do fim social (artigos 160.º, n.º 1, do Código Civil e artigo 6.º, n.º 1 a 3), de honrar os princípios de garantia do 'capital social', no sentido de não executar as deliberações sociais que violem as regras dos artigos 32.º e 33.º, que respeitam, respectivamente, à distribuição de bens aos sócios e à distri-

Neste contexto, a extensão do regime de responsabilidade civil dos administradores de direito aos administradores de facto há-de ser selectiva, limitando-se às regras de carácter sancionatório,⁷⁸ logrando-se por esta via o cumprimento das regras imperativas que delimitam o sistema organizativo societário e, por conseguinte, o desincentivo do exercício de funções de gestão próprias dos administradores de direito na falta de uma deliberação de eleição ou designação válidas.⁷⁹

Além disso, nos casos em que um administrador de direito aparece ao lado de um administrador de facto, a afirmação da responsabilidade deste acarreta também a responsabilidade solidária do primeiro, seja por acção pelo ilícito cometido, se igualmente se ocupou da gestão social, seja por omissão, se se demitiu absolutamente da gestão social e a confiou ao administrador de facto.^{80/81}

Sempre se dirá, porém, que o fundamento que preside à responsabilidade de uns e outros é muito diferente: se a responsabilidade dos administradores *de iure* é contra-

buição de lucros e reservas determinadas por lei ou pelo contrato, conforme estatuído no artigo 31.º, n.º 2, alínea b); b) em segundo lugar, as obrigações específicas apostas para o correcto exercício das funções administrativas, onde se compreendem as obrigações de não concorrência com a sociedade (artigos 254.º, em particular o n.º 5, 2.ª parte, 398.º, n.º 3, 428.º) e de prestar informações (em parte das suas vertentes) aos sócios interessados, designadamente se for o único implicado na administração (artigos 214.º, n.ºs 1, 2, parte final, 3 e 7, 290.º, 291.º), bem como as proibições de celebrar com a sociedade os negócios referenciados no artigo 397.º, n.º 1, de executar deliberações nulas (artigo 72.º, n.º 4, *a contrario sensu*, 412.º, n.º 4); e c) por fim, as obrigações derivadas da simultânea qualidade de sócio, entre as quais a que se prende com o impedimento de voto relativamente a matérias em que se encontre em conflito de interesses (artigos 251.º, 384.º, n.ºs 6 e 7), como é o caso das deliberações que visam o exercício da acção social de responsabilidade contra si (artigo 75.º, n.º 3). E acrescenta o autor que 'a violação destas obrigações confere *em certa medida* ao administrador de facto uma relação de *paridade* ou *igualdade* com a correspondente figura de direito. O que não postula uma equivalência mas vale para sustentar *de iure condito* uma *técnica sancionatória*'.

⁷⁷ DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., p. 512: '(...) cette généralisation accompagne le phénomène d'élargissement de la responsabilité des dirigeants sociaux, conséquence du renforcement de leurs prérogatives, et qu'elle concerne diverses branches du droit'.

⁷⁸ Neste sentido, DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., p. 514, referindo que '(...) la direction de fait est une situation, par nature irrégulière, puisque la direction de la personne morale est exercée au mépris des textes. L'extension au dirigeant de fait du statut du dirigeant de droit doit, dès lors, être limitée aux aspects négatifs ou contraignants de ces règles', e DÍAZ ECHEGARAY, 'El administrador de hecho...', cit., pp. 31 e 150.

⁷⁹ V. ponto 1, *supra*.

⁸⁰ Neste sentido, RICARDO COSTA, 'Responsabilidade civil societária...', cit., pp. 33-34, em nota 9.

⁸¹ Admitindo que a administração de facto possa determinar, em certos casos, a responsabilidade dos administradores de direito por negligência, v. GARCÍA-CRUCES, 'Administradores sociales y administradores de hecho', cit., pp. 15 e ss., com inúmeras referências jurisprudenciais.

partida dos poderes que lhe são legalmente atribuídos, a responsabilidade do administrador de facto é a sanção correspondente ao exercício de funções de gestão na ausência de uma investidura formal válida.⁸²

No contexto da consagração do administrador de facto no ordenamento jurídico português prosseguimos agora o nosso estudo com uma breve referência à modelação da figura em face do processo de insolvência.

Para efeitos de insolvência, os administradores de facto vêm contemplados no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do CIRE.⁸³ Mais uma vez, a lei não caracteriza o instituto do administrador de facto, submetendo-o embora a consequências jurídicas muito importantes.⁸⁴

Ocorrida a insolvência de uma sociedade, coloca-se a questão de saber quais os efeitos daquela na esfera jurídica dos respectivos membros do órgão de administração. Na verdade, se a personalidade jurídica da sociedade parece arredar o administrador das consequências da insolvência da sociedade – na medida em que o devedor insolvente é a sociedade, e não o(s) seu(s) administrador(es) –, pode favorecer, do mesmo passo, a prática de actos lesivos pelo(s) administrador(es) relativamente aos credores da sociedade.^{85/86} Neste contexto, facilmente se compreende que a insolvên-

⁸² DEDESSUS-LE-MOUSTIER, 'La responsabilité du dirigeant de fait', cit., p. 521: 'Le fondement de leur responsabilité est, dès lors, très différent: si la responsabilité du dirigeant en titre est la contrepartie des pouvoirs importants qui lui sont accordés par la loi, la responsabilité de celui qui s'est immiscé dans la gestion de la société est la sanction de l'exercice de cette activité au mépris des textes'.

⁸³ O artigo 6.º, do CIRE, sob a epígrafe 'noções de administradores e de responsáveis legais', determina no seu n.º 1, alínea a), que são considerados administradores 'não sendo o devedor uma pessoa singular, aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa...'

⁸⁴ Cfr. o artigo 17.º-D, n.º 11, que determina a responsabilidade civil e solidária de devedor e administrador(es) de facto perante credores por falta ou incorrecções de informação prestada (processo especial de revitalização); o artigo 23.º, n.º 2, al. b), impondo a identificação do administrador de facto na petição inicial; o artigo 36.º, n.º 1, al. c), quanto à identificação e fixação de residência do administrador de facto na sentença que decreta a insolvência; o artigo 82.º, quanto aos efeitos de declaração da insolvência sobre os administradores e outras pessoas; o artigo 186.º, n.º 1, acerca da delimitação do conceito de insolvência culposa, e; o artigo 189.º, n.º 2, alíneas a) e c), integrando o administrador de facto na lista dos sujeitos potencialmente afectados pela qualificação da insolvência como culposa e condenando o mesmo a indemnizar os credores do devedor insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios. No respeitante ao incidente de qualificação da insolvência e correspondentes consequências, o Ac. TC n.º 173/2009 declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do anterior artigo 189.º, n.º 2, alínea b), do CIRE, que impunha ao juiz, na sentença que qualificasse a insolvência como culposa, o decretamento da inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente.

⁸⁵ Pense-se, p. ex., em práticas de descapitalização da empresa societária.

cia da sociedade possa desencadear medidas de responsabilização dos administradores *de iure*, bem como dos administradores de facto, designadamente de natureza civil.^{87/88}

No respeitante à questão de saber quem efectiva a responsabilidade civil do administrador de facto na pendência do processo de insolvência, o artigo 82.º, n.º 3, alínea a), do CIRE confere ao administrador da insolvência legitimidade exclusiva para propor as acções e para fazer seguir as que hajam sido propostas antes do início do processo, com dispensa de deliberação dos sócios⁸⁹ ou da concordância de qualquer outro órgão da sociedade. Circunstância que assume relevo fundamental, pois com a dispensa de deliberação dos sócios, na pendência do processo de insolvência, é removido o risco de a maioria inviabilizar a responsabilização dos respectivos administradores.^{90/91}

⁸⁶ ELISABETE RAMOS, 'Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade civil dos administradores', *Boletim da Faculdade de Direito*, 83 (2007), p. 449. Para mais desenvolvimentos sobre a matéria em apreço, v. ELISABETE RAMOS, 'A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português', *Prim@Facies* n.º 7, Jul./Dez. 2005, pp. 14, ss. (www.ccj.ufpb.br).

⁸⁷ Seguindo uma tendência já revelada no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CREF), aprovado pelo DL 132/93, de 23 de Abril, o novo direito da insolvência consagra o carácter fragmentário e não automático dos efeitos responsabilizadores. Fragmentário, porquanto ocorrida a insolvência da sociedade, somente determinadas condutas, especificamente caracterizadas na lei, ocasionam uma reacção ou sanção aplicada aos administradores afectados, sendo as restantes isentas. Constituem, do mesmo passo, medidas de funcionamento não automático, na medida em que a respectiva aplicação depende de sentença judicial, distinta da sentença que declara a insolvência. Neste sentido, ELISABETE RAMOS, 'Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade...', cit., p. 450.

⁸⁸ No respeitante à conexão entre a insolvência da sociedade e o relevo jurídico-penal do comportamento dos administradores cumpre evidenciar que os administradores de direito e os administradores de facto (embora jurídico-civilmente não sejam devedores) são considerados como agentes dos crimes de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores. No que tange aos administradores de facto, a sua punição resulta expressamente do artigo 227.º, n.º 3, do CP, aplicável aos crimes de frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores. O que significa que também eles são tidos como agentes destes crimes, mesmo na ausência de um título bastante – v. nota 1, *supra*.

⁸⁹ De acordo com o preceituado no artigo 75.º, n.º 1, do CSC, 'a acção de responsabilidade proposta pela sociedade depende de deliberação dos sócios, tomada por simples maioria (...)'.⁹⁰

A desnecessidade de deliberação social para a acção social de responsabilidade é relevante para os administradores. Como demonstra NOGUEIRA SERENS, 'Notas sobre a sociedade anónima', 2.ª edição, Coimbra, 1997, p. 94, é provável que 'a maioria da assembleia seja tentada a 'poupar' os administradores que elegeu, não exercendo sobre estes o direito de indemnização de que a sociedade é titular'. Em idêntico sentido, ELISABETE RAMOS, 'Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade...', cit., p. 470, refere que o regime em apreço 'agiliza a responsabilização dos administradores pois, por um lado, confere exclusivamente a legitimidade ao administrador da insolvência e, por outro, remove obstáculos procedimentais'.⁹¹

De acordo com o artigo 82.º, n.º 6, do CIRE, as acções de responsabilidade que o administrador da insolvência proponha ou faça seguir correm por apenso ao processo de insolvência.

O artigo 82.º, n.º 3, do CIRE impõe, por conseguinte, o afastamento das regras jurídico-societárias por via da consagração de regras excepcionais no que concerne à legitimidade activa para a acção social de responsabilidade, bem como para a acção autónoma dos credores sociais.⁹²

Segue-se aqui a solução da concentração da legitimidade no administrador da insolvência, obstando a que a propositura das diversas acções de responsabilidade se reflecta negativamente no processo de insolvência,⁹³ bem como a consagração de legitimidade extraordinária do administrador da insolvência, que não sendo embora o titular do interesse na obtenção da indemnização, actua em nome próprio e assume a veste processual de autor da acção intentada contra os administradores da sociedade.⁹⁴

Como se compreende, a sociedade declarada insolvente não pode eficazmente renunciar ao direito a ser indemnizada pelos administradores, nem transigir sobre ele, porquanto privada dos poderes de administração e de disposição dos bens compreendidos na massa insolvente,⁹⁵ os quais passam a competir ao administrador da insolvência (artigo 81.º, n.º 1, do CIRE), sem prejuízo das hipóteses em que juiz determina que a administração da massa insolvente seja assegurada pelo devedor (artigo 224.º do CIRE). Do mesmo passo, o administrador da insolvência, a partir do momento em que lhe é cometida a tarefa de administração dos bens da sociedade, em vista da conservação e frutificação dos direitos da sociedade insolvente e da satisfação dos interesses dos credores, não pode, em regra, renunciar ao direito de indemnização nem transigir sobre ele (cf. artigo 55.º, n.º 1, al. b) do CIRE).^{96/97}

⁹² Durante o processo de insolvência, os sujeitos a quem a disciplina societária reconhece legitimidade para propor e fazer seguir acções – a sociedade, os sócios e os credores – são tidos como partes ilegítimas. Acresce que, diferentemente do que sucede à luz da disciplina jurídico-societária, onde se exige que a sociedade seja ‘chamada à causa’ (artigo 77.º, n.º 4, do CSC) e a devedora citada (artigos 78.º, n.º 2, do CSC e 608.º do CCiv.), a legitimidade exclusiva do administrador da insolvência parece implicar que, durante o processo de insolvência, se dispense a intervenção da sociedade no processo judicial em que se discute a responsabilidade civil dos administradores perante aquela.

⁹³ Neste sentido, CARNEIRO DA FRADA, ‘A responsabilidade dos administradores na insolvência’, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, p. 672, referindo que ‘ela evita que a propositura de acções de responsabilidade pelos mais diversos credores – potencialmente muito numerosas – se reflecta no processo de insolvência e introduza um factor de complexificação, desigualdade e atraso na satisfação dos credores da entidade insolvente’.

⁹⁴ O artigo 30.º, n.º 3 do CPC (anterior artigo 26.º, n.º 3) permite o desvio que a legitimidade extraordinária constitui.

⁹⁵ Segundo a definição do artigo 46.º, n.º 1, do CIRE, ‘a massa insolvente (...) salvo disposição em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo’.

⁹⁶ Sem prejuízo do disposto no artigo 55.º, n.º 8, que determina o seguinte: ‘O administrador da insolvência dispõe de poderes para desistir, confessar ou transigir, mediante concordância da

Conclusão

A coerência do ordenamento jurídico, bem como as regras da correcta administração e emergência na assunção de responsabilidades impõem o reconhecimento do instituto do administrador de facto.

Numa primeira aproximação ao conceito, '*é administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade*', compreendendo a noção não apenas os 'administradores de facto', como também os 'administradores na sombra', sendo certo que não se vislumbram diferenças de fundo entre ambas as categorias, donde se possam retirar consequências de regime.

A operacionalidade do conceito não se basta, porém, com a afirmação de que a administração de facto se concretiza no exercício efectivo de uma actividade de gestão idêntica ou comparável à do administrador *de iure*, afigurando-se antes fundamental precisar os critérios que identificam a figura, mediante a determinação das características que aquela deve tendencialmente revestir para que o seu agente seja tido como administrador de facto.

A delimitação da figura não deve encontrar-se por forma excessivamente ténue ou indefinida, sob pena da sua incorrecta utilização. Desta feita, os critérios hão-de ser averiguados e observados *in concreto*, servindo-se a jurisprudência, frequentemente, de uma série de indícios, cuja presença pode auxiliar nesta identificação.

No silêncio do nosso ordenamento, a discussão surge em torno do fundamento da responsabilidade dos administradores de facto, sendo certo que não nos repugna a afirmação de que os artigos 72.º e ss. do CSC são directamente aplicáveis também a estes sujeitos, afigurando-se esta como uma proposta de solução adequada face à teleologia das regras em matéria de responsabilidade civil dos administradores, numa época marcada pela emergência e reforço das regras da correcta administração e dos correspondentes deveres de actuação dos administradores de sociedades.

No respeitante às consequências que podem sobrevir da sindicância da actividade dos administradores de facto, a construção do conceito não passa agora por uma absoluta correspondência entre o administrador de direito e o de facto e, por conse-

comissão de credores, em qualquer processo judicial em que o insolvente, ou a massa insolvente, sejam partes'.

⁹⁷ Resta saber se os administradores da insolvência têm recursos, meios e conhecimentos necessários para accionar os administradores, o que parece não suceder em Portugal.

guinte, por uma cabal subordinação ao regime que pauta e sanciona a actividade daquele, mas antes pela demarcação da disciplina prevista para o administrador *de iure* susceptível de ser aplicada *mutatis mutandis* ao administrador de facto.

Relevante nesta inclusão é a idoneidade para regular material ou substancialmente a actividade habitualmente empreendida pelo administrador e salvaguardar o seu exercício leal e correcto, pelo que a extensão do regime de responsabilidade civil dos administradores de direito aos administradores de facto há-de ser selectiva, limitando-se às regras de carácter sancionatório.

Muito embora a prévia consagração legal da figura não se vislumbre cabalmente imprescindível à respectiva aplicação casuística, a tipificação transporta naturalmente consigo evidentes vantagens de certeza e segurança jurídica, o que é tanto mais importante se a tutela almejada estiver salvaguardada em face de uma concepção de administração de facto segundo um critério funcional, distanciando-se da exigência de um qualquer pressuposto formal fictício. Certo é que a coerência do ordenamento e as regras da correcta administração, bem como as disposições legais indicadas no decurso do presente estudo, consentem um cabal acolhimento legal do instituto. Neste contexto, o empenho revelado pela doutrina e jurisprudência portuguesas no domínio em apreciação assumirá um papel fundamental.

Bibliografia

- ABREU, J. M. Coutinho de – ‘Responsabilidade civil dos administradores de sociedades’, *Cadernos*, n.º 5, Coimbra: IDET, 2.ª ed., Almedina, 2010
- ‘Governança das sociedades comerciais’, Almedina, Coimbra, 2006
- ABREU, J. M. Coutinho de / RAMOS, Maria Elisabete – ‘Artigo 72.º’, in ‘Código das Sociedades Comerciais em comentário’ (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. I, Coimbra: IDET, Almedina, 2010, pp. 843-845
- ‘Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (notas sobre o artigo 379.º do Código de Trabalho’, *Miscelâneas*, n.º 3, Coimbra: IDET, Almedina, 2004
- ALMEIDA, António Pereira de – ‘Sociedades comerciais. Valores mobiliários e mercados’, 6.ª ed., Coimbra Editora, 2011
- ANTUNES, José A. Engrácia – ‘Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária’, 2.ª ed., revista e actualizada, Almedina, 2002
- CABRAL, João Miguel Santos – ‘O administrador de facto no ordenamento jurídico português’, *Revista do CEJ*, n.º 10, 2.º semestre, 2008, pp. 109 e ss.
- CANTELE, Vittorio – ‘Amministratore di fatto e di diritto: chi risponde del reato di bancarotta?’, *Le Società*, n.º 1, 1993, pp. 61 e ss.
- CORREIA, Luís Brito – v. VENTURA, Raúl
- COSTA, Ricardo Alberto Santos – ‘Artigo 80.º’, in ‘Código das Sociedades Comerciais em comentário’ (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. I, Coimbra: IDET, Almedina, 2010, pp. 914 e ss.
- ‘Responsabilidade civil societária dos administradores de facto’, *Temas Societários*, Colóquios n.º 2, Almedina, 2006, pp. 23 e ss.
- ‘A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico’, Almedina, 2002
- CUNHA, Tânia Meireles da – ‘Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais: a culpa nas responsabilidades civis e tributárias’, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009
- DAVIES, PAUL L. – ‘Gower’s Principles of Modern Company Law’, 6.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1997
- DEDESSUS-LE-MOUSTIER – ‘La responsabilité du dirigeant de fait’, *Revue des Sociétés*, 115^e année, n.º 3, julli/sept. 1997, Éditions Dalloz, pp. 499 e ss.
- DIAS, Rui Pereira – ‘Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas: uma análise de direito material e direito de conflitos’, Almedina, Coimbra, 2007
- DÍAZ ECHEGARAY, José Luis – ‘El administrador de hecho de las sociedades’, Aranzadi Editorial, 2002
- ‘La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima’, 2.ª ed., Editorial Montecorvo, Madrid, 1995

- DÍEZ JALÓN, María Bueyo / PALOMO BALDA, Emilio – ‘Responsabilidad de los administradores: levantamiento del velo’, *Dossier Práctico*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 1998
- FARRAR, John H. / HANNIGAN, Brenda – ‘Farrar’s: Company Law’, 4.^a ed., Butterworths, 1998
- FRADA, M. Carneiro da – ‘A responsabilidade dos administradores na insolvência’, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, Coimbra Editora, 2006
- GARCÍA-CRUCES, José António – ‘Administradores sociales y administradores de hecho’, in ‘Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Sánchez Andrés’, en prensa, 2008, disponível em: http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf
- GOMES, José Ferreira – ‘Conflito de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador’, in ‘Conflito de interesses no direito societário e financeiro. Um balanço a partir da crise financeira’, Almedina, Coimbra, 2010
- GUERRERA, Fabrizio – ‘Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali’, *Rivista del Diritto Commerciale*, 97, Ano 1999, Parte Prima, pp. 131 e ss.
- HANNIGAN, Brenda – v. FARRAR, John H.
- JUSTE MENCÍA, Javier – ‘En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general da la sociedad. Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4004) y 7 de junio de 1999 (RJ 1999, 509) y de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 1999’, *RdS*, n.º 14, 2000, pp. 441 e ss.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando – ‘Ámbito subjetivo de la responsabilidad’, in ‘La responsabilidad de los administradores’, coord. por Emilio M. Beltrán Sánchez e Angel José Rojo Fernández-Río, Tirant to blanch, 2005
- PALOMO BALDA, Emilio – v. DÍEZ JALÓN, María Bueyo
- PERDICES HUETOS, Antonio – ‘Significado actual de los «administradores de hecho»: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 septiembre 2001 (RJ 2001, 7489)’, *RdS*, n.º 18, 2002, pp. 277 e ss.
- PÉREZ ESCOLAR, Rafael – ‘Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968’, *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. 45, 1968, pp. 399 e ss.
- RAMOS, Maria Elisabete – v. ABREU, J. M. Coutinho de
- ‘O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura’, Almedina, 2010
 - ‘Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade civil dos administradores’, *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 83, 2007, pp. 449 e ss.
 - ‘A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português’, *Prim@Facie* n.º 7, Jul./Dez. 2005, pp. 14, ss. (www.ccj.ufpb.br).
 - ‘Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais’, *Studia Iuridica*, 67, Coimbra Editora, 2002

- RIBEIRO, Maria de Fátima – ‘A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”’, Almedina, Coimbra, 2009
- SERENS, M. Nogueira – ‘Administradores de sociedades anónimas: da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer’, Coimbra: Almedina, 2012 – ‘Notas sobre a sociedade anónima’, 2.^a edição, Coimbra, 1997
- TRICOT, Daniel – ‘Les critères de la gestion de fait’, *Droit & Patrimoine*, n.º 34, Janvier, 1996, pp. 24 e ss.
- VALERIO, Elisabetta – ‘Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratori di fatto?’, *Le Società*, n.º 9, 2001, pp. 1049 e ss.
- VENTURA, Raúl / CORREIA, Luís Brito – ‘Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas’, *BMJ*, n.º 195, 1970